

Sumario

I. Introducción. II. La representación como categoría general. III. Funcionamiento de la representación. 1. Acto de apoderamiento. 2. Relación jurídica representativa y acto o negocio concluido en representación. IV. Naturaleza jurídica del representante del paciente. 1. Representación voluntaria. 2. Correcciones. A. Incumplimiento y abuso por parte del representante. B. Dolo. V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor el 15 de mayo de 2003 en España, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, supuso la introducción en nuestro país, de cambios materiales y de perspectiva, en dos campos bien concretos a los que atañe esta norma: el médico y el jurídico.

Esta nueva Ley nace y se inserta dentro de un contexto internacional vinculado a la dignidad humana (como se desprende de su Exposición de Motivos y de su art. 2,¹) ya que los principios en ella recogidos y a los que obedece su articulado responden a una preocupación común por la defensa de los derechos individuales, en concreto, por la defensa de los derechos del paciente, que se viene poniendo de relieve desde hace años en organismos internacionales.

Efectivamente, tras la segunda guerra mundial y el descubrimiento de los horrores cometidos por los médicos en los campos de concentración nazis, la comunidad internacional tomó conciencia, entre otras cosas, de la necesidad de frenar ciertas prácticas, así como de garantizar la libertad y los derechos de los sujetos sometidos a experimentación. Esa toma de conciencia se concretó y plasmó a dos niveles: por un lado, en la generación de una nueva ética médica que tuviera seriamente en cuenta al paciente y su autonomía, partiendo de la base de que el paciente es un sujeto con derechos y capacidad de decisión propia y no un mero objeto de investigación o sanción; y, por otro, la plasmación en un texto jurídico de los derechos básicos de todo ser humano, cosa que se hizo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

*

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Navarra (España).

1

La Exposición de Motivos señala que esta Ley persigue mantenerse en la misma línea ya iniciada por la Ley General de Sanidad de 1986 y potenciar en concreto "el máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual". Por su parte, el artículo 2,1 apunta como uno de los principios de la Ley ese respeto a la dignidad de la persona humana.

El primer nivel señalado ha ido tomando cuerpo, tanto en distintos códigos y declaraciones internacionales², como en los códigos deontológicos profesionales que a nivel interno se han ido promulgando, desde entonces, en todos los países. Pero la novedad que supone esta Ley 41/2002 es que algunos de esos principios éticos, han dado el salto a lo jurídico, es decir, que deberes que hasta ahora eran éticos, se convierten en jurídicos, lo cual da buena cuenta de la evolución que se ha producido en el marco de la relación médico-paciente y de la importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales.

En esta evolución han jugado un papel relevante, no sólo esos antecedentes históricos, sino también la importancia que en nuestras sociedades post-industriales e individualistas, ha ido adquiriendo todo lo relativo a la autonomía de la persona. Su despliegue, no sólo en el ámbito patrimonial sino también personal³, ha dado lugar a que en las relaciones médico-paciente juegue un papel cada vez más decisivo la voluntad del paciente, voluntad que ha de manifestarse una vez que se conoce el alcance de la enfermedad, su diagnóstico, pronóstico y las opciones clínicas disponibles (consentimiento informado). En este sentido la Ley señala que el paciente tiene derecho a recibir información adecuada con relación a cualquier actuación a la que vaya a ser sometido en el ámbito sanitario (arts. 2,2 y 4 a 6 de la Ley), pudiendo también negarse a recibir tal información (art. 4,1 -con las excepciones señaladas en el art. 9,1-); tiene derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles (art. 2,3); tiene derecho a negarse a recibir el tratamiento aconsejado por el médico (art. 2,4); etc.

En este marco de derechos del paciente, la Ley 41/2002, en su artículo 11, introduce un nuevo cauce de expresión de la voluntad del paciente y de sus decisiones, hasta ahora desconocido en nuestro país. Se trata de la posibilidad que el ordenamiento concede a la persona mayor de edad, capaz y libre, de manifestar "por anticipado" su voluntad "con el objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente", voluntad que puede versar "sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo". Es decir, que se permite que una persona capaz, en ejercicio de su libre voluntad y en previsión de circunstancias en las que se va a encontrar en un futuro, que le van a impedir ejercitar personalmente su voluntad, se le permite anticipar su voluntad dejándola plasmada en

el documento que ha venido en denominarse "instrucciones previas"⁴. La Ley prevé además, en este art. 11, que en ese documento, el paciente designe, si así lo desea, "un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas".

Es decir que el paciente, en ese caso, lo que decide y deja plasmado de antemano en el documento de instrucciones previas, es quién va a ser su interlocutor con el equipo médico que le trate, cuando él ya no pueda serlo y decidir por sí mismo. Luego ese sujeto designado de antemano por el paciente es quien ha de ser informado y quien ha de expresar el consentimiento del paciente para las actuaciones médicas que se le hayan de realizar, siguiendo las instrucciones que el paciente señaló en el documento o, incluso, siguiendo su propio criterio si es esto lo que el paciente deseó y señaló en ese documento.

Desde su reciente nacimiento, son numerosas las cuestiones que se vienen planteando en torno al documento de instrucciones previas. Uno de los aspectos que ha sido más tratado y debatido, es el aspecto relativo al contenido y límites de ese ejercicio de la libre voluntad en lo que se refiere a la disponibilidad de la vida y que lleva consigo la polémica de la eutanasia. No es este el objeto en que se va a centrar este estudio aunque es cierto que esa polémica nos permite acercarnos a un problema más general como es el de la trascendencia de la autonomía privada en los tiempos actuales. Valor trascendente que se manifiesta, y eso no puede perderse de vista, en que el amparo de la autonomía privada lleva consigo la necesidad de una ordenación jurídica fundamentada en principios de justicia. No obstante, como digo, mi atención se centra en este trabajo en una manifestación de esa libre voluntad del paciente, como es la posibilidad que tiene éste de designar un "representante" para la toma de decisiones médicas que le atañan cuando él ya no pueda hacerlo por sí mismo. Es decir, la autonomía vinculada a la representación, lo cual lleva consigo una decisión directa por parte del paciente (la autodecisión), pero también una decisión indirecta (a cargo de). Este trabajo se pregunta por la naturaleza jurídica de esta nueva institución pensada para el ámbito médico, porque su nombre, "representante", nos remite a una representación tradicional voluntaria, pero si analizamos su ejercicio, vemos que las reglas propias de la representación voluntaria no dan respuesta a los posibles conflictos que se pueden plantear en el seno de esta institución y que nos llevan a la necesidad de combinarla con otras respuestas.

² Código de Núremberg de 1947, Declaración de Helsinki de 1964, el Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1976, las Recomendaciones Éticas Internacionales para la Experimentación Biomédica con Seres Humanos, redactado por la Organización Internacional de Ciencias Médicas y la Organización Mundial de la Salud en 1982 y actualizado en 1993, etc.

³ Véase en este sentido en mi artículo 'Autonomía de la voluntad y forma en el testamento vital' en AA.VV. Dir. Martinic y Tapia. *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*: Pasarlo, presente y futuro de la codificación, T.I, Santiago de Chile, 2005, epígrafe dedicado a "El juego de la autonomía de la voluntad en el derecho civil", pp. 437-451.

⁴ Este es el nombre que le da la Ley estatal -Ley 41/2002 a la que nos estamos refiriendo-, pero hemos de tener en cuenta que en España en esta materia contamos con esta Ley estatal, que es básica, y con, hasta el momento, 15 leyes autonómicas. En ellas, el nombre que recibe este documento es, además de "instrucciones previas" como en la estatal, "voluntades anticipadas", "expresión anticipada de voluntades", "declaración de voluntad anticipada", "voluntades previas" y "declaración de voluntad vital anticipada". En el lenguaje popular, a este documento se lo conoce con el nombre de "testamento vital".

II. LA REPRESENTACIÓN COMO CATEGORÍA GENERAL

Cuando hablamos de representación nos referimos a la actuación que lleva a cabo un sujeto en la esfera jurídica de otro, a la actuación de los derechos de otro. Esto que, en principio, el ordenamiento rechaza (art. 1259,1 Código civil español –CC a partir de ahora–) sancionando tales actuaciones con la nulidad de lo así actuado (art. 1259,2 CC), sin embargo puede ser eficaz en dos supuestos recogidos por este mismo artículo y que da lugar a lo que conocemos como representación voluntaria y representación legal, es decir, cuando tal actuación en la esfera jurídica de otro está justificada porque la parte afectada así lo ha autorizado o es la ley quien lo ha hecho (art. 1259,1 CC). Así pues, la representación implica la actuación en nombre de otro en su esfera jurídica, legitimado por el propio afectado o por la ley. En todo caso, es un actuar justificado.

Desde esta óptica podemos decir que, en nuestro caso, nos encontramos claramente en un supuesto de representación voluntaria, dado que es el paciente quien ha decidido nombrar a una persona concreta de su confianza para que sea quien, en el momento oportuno, decida, conforme a los criterios que el propio paciente otorga o según su libre criterio –si así lo ha manifestado el paciente–, cuáles son las actuaciones médicas que se han de seguir con relación a él, cuando él mismo no puede decidirlo válidamente. Así pues, el representante, la persona nombrada por el paciente, es el que obra por otro; mientras que el representado, el paciente, es por el que se obra y el que nombra y elige al que lo va a hacer, de tal manera que la actuación del representante vale como si fuera suya. El representante ejecuta, en nombre del representado, un acto jurídico cual si éste mismo lo hubiera realizado. Así pues el representante está legitimado para actuaciones concretas (con mayor o menor concreción, según las instrucciones dadas) cuyas consecuencias jurídicas prevé y acepta a priori el representado⁵.

El ámbito propio de la representación es el derecho patrimonial, en este sentido, es usual que un sujeto actúe los derechos patrimoniales de otro y que con la representación se produzca la celebración de un negocio jurídico patrimonial. De tal manera que el representado encarga a otro el llevar a cabo un negocio jurídico en interés suyo, naciendo así una relación triangular: representante, representado y tercero con el que contrata el representante para el representado. La finalidad de la relación entre representante y representado es pues la celebración de ese contrato con el tercero cuyos efectos son deseados y buscados y, por tanto, revierten –ya sea directa o indirectamente– al patrimonio del representado. Siendo ésta la regla general, en nuestro ordenamiento también es posible la representación⁶ para actos no negociales, como intimaciones, requerimientos o comunicaciones.

En principio, la representación voluntaria puede tener por objeto cualquier acto o negocio jurídico que el representado *podría* hacer por sí mismo. Pero como en toda regla, existen excepciones o límites y, en este caso, quedan exceptuadas de representación voluntaria las cuestiones que el ordenamiento configura como personalísimas, en las que sólo cabe la actuación por parte del sujeto titular y, muy excepcionalmente, puede intervenir un representante en los términos y con los límites que el Derecho establezca.

Se consideran cuestiones personales o personalísimas los actos que afectan a los derechos de la personalidad, al estado civil de las personas, los de Derecho de familia y las declaraciones de voluntad mortis causa. Como digo, con relación a ellos, el ordenamiento tradicionalmente se ha mostrado poco permeable a la idea de la representación, ya que en principio, el ejercicio de estos derechos corresponde en exclusiva a su titular. Así por ejemplo, el art. 670 CC califica el testamento como acto personalísimo y prohíbe el que se haga por medio de un representante, comisario o mandatario. Aunque, en los Derechos forales encontramos excepciones a esto que es regla en el Derecho común, así en la Compilación de Derecho Civil del País Vasco, se admite la figura del testamento por comisario; función que cumplen en Navarra el codicilo (ley 195 del Fuero Nuevo navarro^a) y las memorias testamentarias como complemento (ley 196 Fuero Nuevo).

Así pues, con relación a los derechos personales al ser inalienables, inembargables e imprescriptibles, se extrae la regla de la inadmisibilidad de cualquier tipo de representación. Pero también es cierto que se han ido admitiendo excepciones a esta regla. Excepciones que se observan, no sólo en los Derechos forales (como acabamos de ver), sino también en Derecho común. En este sentido se puede comprobar como en algunos casos se ha permitido legal o jurisprudencialmente el ejercicio de derechos personalísimos por medio de representante (si bien es cierto que, en la mayor parte de los casos, se trata de autorizaciones para el representante legal). Tal es el caso del derecho de optar y solicitar la nacionalidad española (arts. 20 y 21 CC), el matrimonio por poderes (art. 55 CC), la renuncia a la intromisión en la propia intimidad hecha por representante con conocimiento del Ministerio Fiscal (Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal o familiar y a la propia imagen), o la legitimación concedida a la tutora de una incapacitada para interponer una acción judicial de separación (Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000, de 18 de diciembre).

Ahora bien, también es cierto que cuando este tipo de excepciones se empezaron a admitir, la doctrina excluyó expresamente la posibilidad de incluir en ellas los actos de disposición sobre el propio cuerpo⁹. No obstante, entiendo que la referencia

⁵ RIVERO HERNANDEZ, F. "La voluntad negocial y la representación", en *Libro Homenaje a Roca Sastre*, T. II, Madrid, 1977, p. 265.

⁶ ALBALADEJO GARCIA, M. "La representación" en *Anuario de Derecho Civil*, 1958, p. 775.

⁷ Así lo señala De Pablo Contreras, en MARTINEZ DE AGUIRRE, C., DE PABLO CONTRERAS, P. et al., *Curso de Derecho Civil* (I). Derecho Privado, Derecho de la Persona, Madrid, 1998, p. 83.

⁸ El Fuero Nuevo navarro contiene la Compilación de Derecho Civil propio de Navarra.

⁹ DIEZ PICAZO, L. *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979, p. 91.

expresa por parte la Ley 41/2002, al supuesto del representante médico del paciente, nos habla, por un lado, de la licitud del supuesto y, por otro, nos remite a las reglas de la representación para su regulación, en lo que no es sino un préstamo de técnicas. La razón de que se permita la representación en este ámbito tan delicado, se encuentra, según Echezarreta, en que el representante del paciente es una figura de naturaleza protectora tanto del paciente, como de su autonomía, de ahí que se puedan ejercer esos derechos en nombre de otro siempre que se reúnan las garantías necesarias¹⁰.

En todo caso, lo que viene a poner de relieve esta cuestión es que el fenómeno del apoderamiento y la representación está pensando y en este sentido está regulado para que el representante concluya un negocio jurídico patrimonial en nombre, por cuenta y con efectos en el patrimonio del representado; mientras que en este caso, el representante no actúa sobre el patrimonio "económico" del representado sino sobre su salud. Está claro que la salud, la vida, no son bienes patrimoniales, de modo que se puede decir que forman parte de un patrimonio bien distinto del representado, su patrimonio "moral", en tanto que bienes intangibles, personales. De ahí que a la pregunta de si se pueden aplicar las mismas reglas previstas para actos patrimoniales a este tipo de actos de representación "no patrimonial", la respuesta ha de ser que no es que se apliquen las mismas reglas sino que se hace un préstamo a esta figura de las técnicas propias de la representación voluntaria en la medida en que exista analogía.

En principio, los términos con los que se define la representación son tan amplios que cabe perfectamente este supuesto dentro de ella; para que haya representación, lo hemos visto, basta con que una persona lleve a cabo un acto representativo por otra y que los efectos de ese acto se produzcan directa e inmediatamente sobre la esfera jurídica de esta otra. Pero también es cierto que no es lo mismo que el contenido de ese acto sea patrimonial, a que no lo sea. Por ello, insisto, entiendo que habrá de hacerse uso de las reglas de la representación voluntaria para el caso del representante del paciente, en la medida en que, por su analogía, sirvan para dar respuestas, pero habrán de ser adaptadas o modificadas para adecuarse a esta realidad distinta sobre la que va a recaer la actuación del representante médico. De ahí que, como veremos al tratar de la naturaleza jurídica de la representación del paciente, hablemos de que es una representación voluntaria pero también de la necesidad de correcciones o matizaciones.

III. FUNCIONAMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN

Al hablar de la representación, hemos de distinguir y tener constantemente en cuenta que estamos ante tres sujetos en juego y dos relaciones jurídicas. Los sujetos son: el representante, el representado y el tercero con quien se relaciona el representante

¹⁰ ECHEZARRETA FERRER, M., "La autonomía del paciente en el ámbito sanitario: las voluntades anticipadas", en *Geriatría*.

en nombre del representado. En nuestro caso: el representante médico, el paciente y el equipo médico que trata a ese paciente, respectivamente. En cuanto a las relaciones jurídicas que se derivan de la representación son: la relación jurídica representativa, que es la que liga al representante con el representado y que deriva del acto de apoderamiento; y la relación que liga al representante con el tercero en la que el representante actúa en nombre y por cuenta de su representado, es la que constituye el acto o negocio jurídico concluido en representación. Vamos a fijarnos en las dos relaciones y, al hilo de las mismas, irán surgiendo las relaciones que median entre los tres sujetos presentes en esta institución.

1. Acto de apoderamiento

Cronológicamente, todo empieza con el acto de apoderamiento, acto en el que el representado concede al representante un poder que es lo que le faculta para actuar en su esfera jurídica. Este momento es clave, en cuanto a la plasmación de la voluntad del paciente en un documento y en cuanto a la capacidad de la que dispone el paciente. En este momento, el representado-poderdante todavía tiene capacidad suficiente de obrar por sí mismo y, por tanto, nada impide que apliquemos en este punto las reglas de la representación voluntaria y ésta se funda en un negocio jurídico: el apoderamiento. Este acto de apoderamiento en el caso del representante del paciente ha de hacerse siempre, según mandato legal, por escrito y ante testigos, y ha de hacerse en el propio documento de instrucciones previas. Y ello es así a pesar de que, con carácter general en esta materia rige lo dispuesto en el art. 1710 CC para el mandato, donde se establece el principio de libertad de forma para el otorgamiento del mandato y, por tanto, para el acto de apoderamiento (con excepción de lo dispuesto en el 1280,5 CC para determinados apoderamientos que deberán constar en escritura pública). No obstante, en este punto las leyes que regulan la institución del representante del paciente son ley especial que deroga lo establecido en la general.

¹¹ También se puede fundar en la ratificación, cuando el otro actúa sin poder o excediéndose del poder otorgado y el ratificante hace suyo el negocio ya concluido por esa persona para él por medio de su declaración unilateral de voluntad; pero en el caso del paciente esto no es posible ya que si el representante está actuando significa que el paciente no lo puede hacer por sí mismo.

¹² En Francia la regulación de "la persona de confianza" —que es el nombre que recibe en Francia el representante médico— se hace de forma autónoma a la de las "directivas anticipadas" —nombre con el que se designa a las instrucciones previas— de ahí que también se permita hacer el nombramiento en documento separado. Entre nosotros sólo se recoge su nombramiento dentro del testamento vital, lo cual tiene enormes ventajas cara al conocimiento de su existencia por parte del equipo médico.

¹³ A pesar de que en nuestro país la doctrina distingue claramente entre mandato y representación (distinción que se debe a Windscheid y Laband, y que reitera nuestra jurisprudencia desde hace tiempo —vide SSTs 16 febrero 1935, 22 mayo 1942, 1 diciembre 1944—) hemos de acudir a las reglas del mandato por carecer la representación de regulación típica propia. DIEZ PICAZO, L. *La representación...*, Op. Cit., p. 297; y DIEZ PICAZO, L. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, 11ª ed., Madrid, 2003, p. 565.

Así pues, el acto de apoderamiento por el cual el paciente nombra a su representante médico se hace siempre por escrito. Lo habitual, tal y como establece la Ley 41/2002, es que se haga en el documento de instrucciones previas, pero no parece que exista problema en admitir que en ese documento se contengan las instrucciones para un futuro representante a designar en un momento posterior siguiendo las formalidades señaladas, o, incluso, que pueda servir a estos efectos la sentencia judicial en la que el juez nombra un tutor para el paciente incapacitado en la que expresamente se le reconozca también su función en este ámbito, o que el propio sujeto haya previsto y establecido su autotutela señalando expresamente entre las funciones del tutor estas relativas a las decisiones médicas y que el juez posteriormente lo ratifique. Pero, en todo caso, como digo, ha de ser un apoderamiento expreso y por escrito.

Este apoderamiento, como cualquier acto de apoderamiento, se caracteriza además por ser: por un lado, una declaración de voluntad unilateral, porque para que se concluya válidamente basta una voluntad (la del que otorga el poder) y su sola voluntad es suficiente; y, por otro lado, es una declaración de voluntad recepticia¹⁴: lo que significa que el apoderado es el destinatario de esa declaración de voluntad y debe tener noticia de ella, enterarse, para que el negocio jurídico sea eficaz. De modo que el apoderamiento es válido con la sola declaración del representado, pero para ser eficaz necesita del conocimiento del representante. En este caso concreto, lo ideal es que el representante conozca ese nombramiento desde el primer momento para estar lo más cerca posible del paciente, su enfermedad y su voluntad. En este sentido en Francia, la persona de confianza puede, si el enfermo lo desea, acompañar al paciente en sus gestiones médicas y asistir con él a las consultas y a sus entrevistas médicas, con la finalidad de: acompañarle, asistirle e incluso ayudarlo en la toma de esas decisiones médicas (así lo dice expresamente el art. L. 1111-6, 1º del Código de la salud pública francés). Aunque todavía no actúa como representante, estos momentos previos le aportan informaciones útiles para cuando llegue el momento en que su función haya de desplegarse. Así pues, además de lo contenido en las instrucciones previas de forma expresa (que conforma el contenido principal de la representación), estos otros aspectos accesorios a pesar de no estar ahí, forman una unidad de acto con lo expresamente señalado.

Ese poder es el que permite al representante-apoderado realizar, en nombre y beneficio del representado-poderdante, los actos que se le encargan. Además, el poder resulta relevante en la determinación del contenido de la relación representativa y establece la medida de la actuación del representante con efectos jurídicos en la esfera del representado.

En cuanto a la capacidad que se ha de tener para ser apoderado el Código civil no dice nada. De ahí que sea preciso una vez más, acudir a las reglas del mandato. En el art. 1716 CC se dice que el menor emancipado puede ser mandatario, de donde la

doctrina deduce que el menor emancipado también puede ser apoderado, representante. Lo cual está también en sintonía con el art. 323 CC donde se reconoce una amplia capacidad al emancipado. Así pues, en el caso del representante del paciente, también se puede acudir a un menor emancipado para que lleve a cabo estas funciones. Entiendo que a priori puede parecer que acudir a un menor emancipado no es la situación ideal, pero también es verdad que la madurez no es cuestión de edad, de modo que si el ordenamiento le reconoce la capacidad suficiente para regir su persona y bienes como si fuera mayor, se le presupone una madurez suficiente para la toma de estas decisiones médicas sobre la salud de quien así se lo confía.

Por otro lado, como veremos más adelante, el poder que otorga el representado al representante puede ser, en su contenido, muy abierto, abarcando la amplia gama que va desde un poder muy concreto en cuanto a lo va a ser la función y contenido de la representación a otro muy amplio o genérico en el que se deja a criterio del representante la toma de decisiones. En todo caso el poder, la manifestación que de él se haga en el documento, va a jugar un papel muy importante en tres aspectos: prueba, forma y eficacia. A la forma ya he hecho referencia; por otro lado, en el documento, el otorgante expone, exterioriza su voluntad, lo cual es importante a efectos de prueba y eficacia del documento, es esa voluntad y no otra. Con ese documento se trata de hacer efectivos derechos de la persona y servicios concretos.

2. Relación jurídica representativa y acto o negocio concluido 'en representación

Como acabamos de ver, con el acto de apoderamiento queda designado el representante del paciente y dibujado, con mayor o menor precisión, el contenido de su función. No obstante, todavía nos encontramos en una fase, que se puede decir "estática" de esta institución y que no alcanzará a ponerse en funcionamiento, a desplegarse, hasta que llegue el momento en que el paciente no pueda decidir por sí mismo. Llegado ese momento, es cuando adquiere todo su sentido la necesidad, a la que aludíamos al principio de este epígrafe tercero, de tener presente la existencia de tres sujetos y dos relaciones jurídicas.

Los sujetos, ya lo hemos visto, son: el representante médico, el paciente y el equipo médico que trata a ese paciente, respectivamente. El representante suele ser una persona de confianza del paciente (un familiar directo, un allegado o amigo), siendo lo opuesto a esta situación de partida el abuso de confianza, de tal manera que, la previsión de lo opuesto, nos ha de llevar a la necesidad de analizar el ámbito interno de las relaciones entre representante y representado y también el externo que se vuelve más exigente cuando el paciente ya no puede expresar su voluntad.

El representado ha expresado su voluntad, cuando aún tenía capacidad para hacerlo, en el documento de instrucciones previas; de ahí que el transcurso del tiempo por relación a la capacidad-incapacidad del paciente va a ser determinante en esta materia. Hay que distinguir el antes, en y después del paciente: "antes" era capaz, con voluntad declarada; "en" hace referencia al momento en que el representante entra en jue^{GO},

momento de difícil determinación y de definición jurídica compleja que hace referencia a la situación del paciente y este está entre la incapacidad, la discapacidad y la incapacidad no declarada, en ese momento hay confianza, conocimiento, consentimiento y legitimación, una persona que va actuando los intereses de la otra; y "después" es el momento definitivo porque el representante se encuentra con que se ha extinguido su función pero no por ello su responsabilidad por la actuación llevada a cabo.

El tercero, es el médico o el equipo médico que trata al paciente. El interés del tercero estriba en que hay dos declaraciones de voluntad, la del paciente y la del aceptante-representante, ambas recepticias. El acto de apoderamiento de ordinario es una declaración de ciencia, porque el paciente está advertido de lo que le va a pasar, bien por el médico que le va a tratar o por otro. En el acto de representación, el representante ha de actuar a ciencia (en sus relaciones con el médico) y a conciencia (en sus relaciones internas de confianza).

En cuanto a las relaciones jurídicas que se derivan de la representación, como acabo de mencionar, son: la relación jurídica representativa, que es la que liga al representante con el representado y deriva del poder al que acabamos de hacer mención más arriba; y la relación que liga al representante con el tercero en la que el representante actúa en nombre y por cuenta de su representado. Esta última es la que constituye el acto o negocio jurídico concluido en representación y es aquí donde se va a reflejar, si surge, el conflicto de intereses en que se puede ver inmerso el representante.

Existe una enorme vinculación entre el contenido de este acto o negocio jurídico que concluye el representante para su representado con el tercero, y el poder, es decir, lo establecido en la relación jurídica representativa, porque en él se señalan las facultades y posibilidades de actuación que ha concedido el representado al representante a la hora de llevar a cabo ese negocio representativo y, por tanto, para conocer hasta qué punto puede actuar por el representado y vincular su patrimonio y para saber hasta qué punto hay cumplimiento o el representante ha incurrido en un incumplimiento o abuso.

En la representación médica, el acto o negocio jurídico que va a concluir el representante con el médico o personal sanitario, para el paciente, carece del carácter y contenido patrimonial que tiene en la representación voluntaria. Ese acto atañe a la salud del paciente, de modo que va a repercutir directamente en él, sí, pero no en su esfera patrimonial sino personal. No se trata de que el representante ponga en relación los patrimonios del tercero y el representado, sino que establezca y dé las pautas de intervención del tercero —médico— en el patrimonio personal del paciente —su salud—. Por eso hablamos de lo importante que es tener como referente lo dispuesto y establecido en ese apoderamiento, los términos en que se llevó a cabo la relación jurídica representativa. En este caso contamos con la ventaja de que al hacerse el nombramiento por escrito -y hacerse habitualmente en el propio documento de instrucciones previas (de ahí el acierto de la redacción de la ley)-, al ser éste un documento al que tiene acceso el personal médico que trata al paciente, son fácilmente conocidos los términos, contenido y límites que vinculan al representante.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL REPRESENTANTE DEL PACIENTE

Como señalaba más arriba, una de las grandes cuestiones que suscita esta nueva figura nacida al amparo de la Ley 41/2002 es acerca de su naturaleza jurídica, es decir si el representante del paciente es un representante voluntario, tal y como es conocida esta institución en el ámbito patrimonial, única para la que existen reglas jurídicas y a las que hemos intentado acercarnos en paralelo, en los dos epígrafes anteriores, o si, debido al especial ámbito de aplicación en el que nos encontramos, a pesar de tomar en préstamo estas reglas, no se puede hacer una aplicación automática, completa y total sino que, en algunas cuestiones, es preciso corregir algunas de las soluciones a las que éstas llegan.

1. Representación voluntaria

Como decíamos, por su origen, el representante del paciente es un representante voluntario, y como tal esta institución es una manifestación de la autonomía privada

15

En España se ha debatido poco sobre la naturaleza jurídica de este cargo. Alonso Herreros dice que el representante "sustituye" al paciente en el momento en que éste ya no puede expresar su voluntad por sí mismo. ALONSO HERREROS, D. "Una aproximación al documento de voluntades anticipadas. Análisis de la Ley holandesa sobre eutanasia", en *La Ley*, Vol. 7, 2002, p. 1721. (Es de reseñar que Santoro Pasarell dice que la figura de la representación ha de ser tratada dentro de la teoría general de los hechos jurídicos bajo la rúbrica de "sustitución en la actividad jurídica". Doctrina Generales del Derecho Civil, Madrid, 1964). Por su parte, Tur Fàundez, señala que estamos ante una representación y no ante un mandato representativo. Cfr. TUR FÁUNDEZ, N. "El documento de instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico", en *Aranzadi civil*, Nº 10, 2004, (Edición en internet BIB 200411534, p. 9). Postura a la que, como se puede apreciar, me sumo pero con matices.

En Francia, por el contrario, se inclinan más por considerarlo un mandato, si bien hay que reseñar que en el Código civil francés existe una clara confusión entre mandato y representación que toma como conceptos idénticos (cfr. art. 1984 Code), reflejo de que esta regulación sigue la tradición nacida del Derecho romano donde los resultados de la representación se conseguían a través de la figura del mandato. Si nos remontamos a los orígenes de "la persona de confianza" en Francia que se encuentra en el informe Nº 58, de 12 de junio de 1998 del Comité Nacional de Ética, en él se ponen de manifiesto las dificultades que tienen los pacientes para dar un consentimiento válido en determinados casos y se propone la posibilidad de que toda persona pueda designar por sí misma una suerte de "representante-mandatario" encargado de ser el interlocutor de los médicos en el momento en que ella no esté en condiciones de hacer ese tipo de elecciones (ESPER, C. "La personne de confiance", en *Gazette du Palais*, Nº 351, 17 décembre 2002, pp. 1723 y 1724). Teniendo en cuenta este antecedente, en Francia la doctrina entiende que esta figura constituye un mandato (entre otros: MALAURIE, Ph. "Euthanasie et droits de l'homme: quelle liberté pour le malade?", en *Répertoire du Notariat Defrénois*, Nº 18, 2002, art. 37598; SOULARD, A. "Le pouvoir des proches à l'avènement de la mort (avancée ou recul de l'autonomie de la volonté du inurant et du défunt?)", en *Médecine et Droit*, Nº 66-67, 2004, p. 84; y MORIN, E. "Fin de vie et Code civil: faut-il combler le vie législatif", en *Revue Générale de Droit Médical*, Nº 14, 2004, p. 397, de modo que la persona de confianza sería un "mandatario de la salud" (ARMAND, G. "L'ordre public de protection individuelle", en *Revue de la Recherche Juridique*, 2004-3, p. 1622). Si bien también hay voces que entienden que la misión de la persona de confianza se sitúa entre el mandato y la tutela (CHENET DE BEAUPRÉ, A. "Vivre et laisser mourir", *Recueil Dalloz*, Nº 44, 2003, Chron., p. 2982).

del paciente que responde a una idea de colaboración, de cooperación (de cooperación gestora), es pues también una manifestación de la sociabilidad¹⁶. Se trata de confiar el cuidado de unos intereses propios a otra persona. No es preciso insistir que, en este caso, la representación además de voluntaria es directa ya que el representante se presenta frente a terceros (resto de familiares y allegados, médicos y personal sanitario) como tal y los efectos de lo actuado repercuten directamente en el representado (la contemplación del dominio en este caso es clara); de ahí que la actuación del representante haya de ser en interés del representado.

La figura del representante del paciente encaja con este tipo de representación en cuanto al origen del nombramiento, es decir en cuanto a que es el paciente el que elige y designa quién va a ser su representante; y en cuanto al contenido de las facultades que se otorga a ese representante, dado que es también el paciente el que con sus instrucciones establece ese contenido y el margen de actuación que tiene su representante. Es por ello importante fijarse bien en los términos en que se ha redactado el nombramiento y función del representante del paciente; porque según cómo se haya hecho, se pueden distinguir hasta tres tipologías distintas¹⁷:

- a. Que el representado haya dado al representante un encargo concreto e incondicionado, de tal manera que lo determinante es la voluntad del representado y el representante ha de limitarse a reproducir esa voluntad exactamente con el mismo contenido. El representante no interviene en el contenido del negocio jurídico sino que es el representado el que lo determina.

Este sería el caso del llamado nuncio o mensajero que no es propiamente un representante ya que se limita a transmitir una voluntad que se le dio ya formulada¹⁸. No obstante, Díez Picazo, en su obra sobre el concepto jurídico de la representación, dice que el esfuerzo por señalar las líneas divisorias entre estas figuras (la del representante y el nuncio) es vano, porque en realidad el nuncio está ligado con el dominus negotii con una relación jurídica idéntica a la que surge en la representación¹⁹. Es más, De Pablo Contreras señala que debería considerarse verdadera representación la del nuncio "siempre que su actuación sea consecuencia del previo otorgamiento de un poder de representación"²⁰.

Aplicándolo a nuestro caso, siendo tan concreto el contenido señalado, ni

siquiera necesitaría el paciente nombrar esta figura, dado que, con consignar con claridad ese concreto contenido en el propio documento de instrucciones previas, sería suficiente. Incluso lo sería el rellenar uno de esos formularios que cada vez proliferan más en los centros hospitalarios o gerontológicos, en los que casi basta con poner una cruz en la opción elegida.

- b. Otra posibilidad es que el representado no tenga una voluntad precisa del negocio jurídico, limitándose a dar el poder al representado, siendo éste el que resuelve el negocio jurídico. En este caso lo determinante es la voluntad del representante, la voluntad del poder otorgado no tiene un contenido concreto. Es el representante el que fija el contenido del negocio jurídico, mientras que el representado sólo da el poder. Este sería el caso en que el paciente deja al libre criterio de su representante la toma de decisiones médicas que le atañen.
- c. Y, por último, estaría el caso intermedio en que representante y representado tienen una voluntad concreta sobre el negocio jurídico, de tal manera que la declaración que después se manifiesta en el negocio está determinada en parte por el representante y en parte por el representado. Este sería el caso en que el paciente deja en manos de su representante la toma de decisiones médicas, pero dándole criterios o referencias.

Estos dos últimos supuestos son los más interesantes para observar su evolución en la fase de ejecución o fase dinámica de la institución, ya que en el primero de ellos es difícil que se de una situación de conflicto, salvo el incumplimiento, ya que no queda margen de maniobra para este sujeto —nuncio o mensajero— que únicamente ha de trasladar una voluntad ya formada y formulada, y hacerlo en los mismos términos en que se recibió. Por el contrario el representante tiene un ámbito de libertad en que decide él, si bien esa libertad ha de desplegarse dentro del marco que le señalan los criterios dados por el paciente o, en su defecto, por lo que, según la naturaleza de lo encargado, haría un buen padre de familia.

En cualquier caso, como se ha visto, en el acto que se concluye por representación interviene y es relevante la voluntad del representado (la del representante en mayor o menor medida, según los casos). Él es el que emite la declaración de voluntad que genera la relación jurídica representativa y también en su declaración de voluntad está determinando, con mayor o menor extensión, el contenido que ha de tener el acto o negocio jurídico que se habrá de concluir por el representante en su representación, lo cual es natural ya que él es el único que puede autorregular sus intereses. De modo que su voluntad es importante en esta doble vía.

Así pues, la figura del representante del paciente encaja con la representación voluntaria en lo que denominábamos la fase estática de la institución, en cuanto al origen del nombramiento, ya que es el paciente el que elige quién va a ser su representante, y el que establece el contenido de las facultades que se otorgan a ese representante, él con sus instrucciones establece ese contenido y el margen de actuación que tiene su

¹⁶ Ya Díez Picazo en su día señalaba que "la representación aparece así como una respuesta del orden jurídico al problema social típico de la cooperación en la gestión y cuidado de los bienes e intereses ajenos". Díez PICAZO, L., "El concepto jurídico de representación en el Derecho privado", en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, N° XVI, p. 136.

¹⁷ Siguiendo la clasificación de Mitteis recogida por Traviesas. Cfr. TRAVIESAS, M., "La representación voluntaria", en *Revista de Derecho Privado*, 1922, pp. 198 y 199).

¹⁸ ALBALADEJO GARCIA, "La representación...", Op. Cit., p. 768.

¹⁹ Díez PICAZO, "El concepto jurídico de representación...", Op. Cit., p. 166.

²⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, DE PABLO CONTRERAS, et al., *Curso de Derecho Civil...*, Op. Cit., pp. 219 y 220.

representante. Sin embargo, las reglas propias de la representación voluntaria no dan respuesta o la que dan no encaja bien con otras concretas necesidades y problemáticas propias de este tipo de representación aplicado al ámbito médico que se plantean en la fase dinámica de la institución. Es por ello que propongo unas correcciones o la no aplicación de las técnicas propias de la representación voluntaria en algunos supuestos, ya que sólo así se puede garantizar al paciente que se va a respetar su voluntad cuando todavía puede ejercerla por sí mismo, pero también que se le va a proteger adecuadamente cuando ya no lo pueda hacer él por sí mismo.

2. Correcciones

Como digo la representación del paciente plantea algunas cuestiones para las que la teoría de la representación voluntaria no nos sirve y, como señalábamos al principio de esta exposición, el acudir a esas reglas se justifica en la medida en que existe analogía y, añadimos ahora, en la medida en que esas reglas dan pautas de resolución adecuadas a los intereses en juego. Cuando esto no se da, entiendo que no hay nada que justifique el aplicar esas reglas y, por tanto, se impone acudir a soluciones nuevas que protejan a la parte más débil de la relación, en este caso, al paciente. Quizá, de alguna manera, esas nuevas soluciones, aproximan esta institución a la representación legal.

Como ha quedado señalado, el paciente es el que decide quién le va a representar en la toma de decisiones médicas, y esto es así porque previamente la Ley ha permitido que alguien pueda actuar en nombre de otro en esa materia (art. 11 Ley 41/2002) y si la ley lo ha permitido es porque va a llegar un momento en que el paciente no va a poder actuar por sí mismo en ese ámbito. Lo propio de la representación legal es suplir un defecto de capacidad de obrar de la persona y evitar el desamparo de unos bienes cuyo titular no está en condiciones de asumir su gobierno. La representación legal entra en juego en los casos de vulnerabilidad e imposibilidad de autogobierno del sujeto y con ella se trata siempre de proteger al representado. El mismo presupuesto y la misma finalidad que en la representación del paciente. No obstante, ha quedado dicho también que en el momento y tiempo en que actúa el representante, la situación en que se encuentra el paciente es difícil de calificar, situándose entre la incapacidad, la discapacidad y la incapacidad no declarada.

El representante médico no sustituye totalmente la voluntad del paciente, realizando actos que él no puede hacer por sí, sino que en este caso se da la peculiar circunstancia de que el paciente sí que tiene capacidad para realizar ese acto que está encargando para el futuro en el momento en que lo hace, pero no en el momento en que ese acto se va a tener que llevar a cabo. Y es que esa es la baza con la que se cuenta en esta institución, jugar con el tiempo a favor del paciente. No estamos ante una representación voluntaria tradicional en la que el representante celebra un negocio jurídico para su representado con un tercero, de tal manera que se ponen en relación dos patrimonios y son dos los intereses que han de ser protegidos a ese nivel (el del representado y el del tercero), sino que aquí, al igual que pasa con los casos de representación legal, la institución tiene sentido únicamente para defender los intereses del

representado, del paciente, y todos los demás sujetos que intervienen en esa relación –representante y tercero– están o han de estar al servicio de esos intereses.

No obstante la necesidad de acudir a esa defensa y protección del paciente, ya en situación de no poder hacerlo por sí mismo, se presenta en la fase dinámica de la institución (la que va desde que el representante comienza a desarrollar su función hasta, normalmente, el final de la vida de ese paciente). El análisis de algún supuesto en concreto, nos permitirá ver con claridad hacia dónde se encamina mi propuesta por referencia a la conducta del representante.

A. Incumplimiento y abuso por parte del representante

El representante al conocer y aceptar el cargo para el que ha sido designado queda vinculado con su representado en los términos en que se le otorgó dicho nombramiento y poder. Desde entonces la obligación que tiene para con su representado es una obligación de hacer, una obligación de medios y no de resultado. Por eso mismo, le basta con ser diligente, pero quien actúa de mala fe no es diligente.

Puede darse el caso en que el representante médico se encuentre en una situación de conflicto de intereses con su representado, y que, en lugar de poner de manifiesto ese problema o renunciar a su cargo, siga adelante en su gestión y tome decisiones condicionado por ese conflicto. En este caso, el representante ha actuado de mala fe incumpliendo sus deberes. En concreto el deber de fidelidad que no está expresamente recogido en el Código Civil pero que se desprende de su deber de actuar conforme a la buena fe. De este deber se deriva, a su vez, entre otros, el deber de actuar en interés del mandante que implica expresamente que si en el desempeño de la gestión surgen intereses encontrados entre los suyos y los del representado, debe anteponer los intereses del representado a los suyos, o renunciar a la representación, cosas que en este caso no hace.

Por otro lado, el incumplimiento puede tener una manifestación muy evidente si se hace traspasando los límites expresos señalados por el representado o los términos para los que se dio el poder (art. 1714 CC). En ambos supuestos es preciso acudir al poder, en nuestro caso al documento de instrucciones previas, para conocer el alcance del poder otorgado y contrastarlo con la conducta llevada a cabo por el representante.

En los casos en los que el representante cuenta con unos criterios claros y concretos que el paciente ha dejado señalados en las instrucciones previas -y todavía más si es un caso de los que hemos señalado en que el representante es más bien un nuncio o mensajero del paciente-, está claro que si el representante emite una declaración de voluntad ante el médico, o equipo médico, conscientemente contraria a lo manifestado por el paciente, reproduce "su" sola voluntad pero no la del representado, de modo que está actuando de mala fe, incumpliendo los deberes básicos que han de regir la relación entre representante y representado: no traspaso de los límites señalados por el poder y deber de fidelidad, de tal manera que la propia declaración se encuentra viciada de raíz

y también -y necesariamente- se ve afectado el negocio representativo²¹. El problema pues ataca y tiene su reflejo tanto en la relación jurídica representativa, como en el acto representativo.

A falta de criterios concretos, el representante deberá hacer todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia, siendo en este caso más difícil de apreciar y probar los supuestos de incumplimiento, salvo los casos en que, por desproporcionado, llame la atención.

Por su parte, el abuso procede si el representante actúa dentro de los límites formales del poder pero violando los deberes derivados de la relación originante de la representación (relación jurídica representativa), de tal manera que aun respetando los límites se actúa para una finalidad distinta de la perseguida por el representado y en función de unos intereses distintos de los suyos, con daño y perjuicio no previstos.

Como vemos la cuestión aquí es distinta y más sutil que en el supuesto del incumplimiento donde el representante sí que traspasa los límites señalados por el poder como consecuencia de ese conflicto de intereses en que se ve inmerso, mientras que en este caso, aunque formalmente no hay trasgresión, sí que se violan los deberes que vinculan al representante, el de lealtad en concreto, ya que la conducta del representante se desvía de su objetivo o de lo que es su horizonte en la relación, persiguiendo una finalidad distinta de aquella para la que se le designó, en función de unos intereses que no son los de su representado. De modo que aunque la actuación del representante formalmente pudiera parecer sujeta a los límites del poder otorgado, no es una conducta de buena fe, esconde un abuso.

Ante estos problemas, el ordenamiento, por un lado, sitúa el incumplimiento con carácter general, dentro de las causas que pueden dar lugar a la ineficacia de la relación. Para el caso concreto del incumplimiento que se circunscribe dentro del ámbito de la representación voluntaria hemos de acudir, una vez más, a lo dispuesto para el mandato. Y este nos dice que si el mandatario (nuestro representante) en su actuación sobrepasa los límites del poder que se le dio o no respeta sus términos, la actuación que lleve a cabo será ineficaz, aunque válida con validez claudicante, pudiendo ser ratificado por el representado.

Esta solución que tiene todo su sentido en una representación voluntaria tradicional, no lo tiene aplicado a nuestro caso. Esta solución piensa en un representado con capacidad de obrar que le permite, por un lado, conocer que su representante ha actuado incumpliendo su poder y, por otro, impugnar ese acto o ratificarlo si, a pesar de todo, le

21

Traviesas señala que, en toda relación de representación, es un factor jurídico determinante la voluntad del representante y la del representado, de modo que los vicios que afecten a una y otra, necesariamente afectan al negocio representativo TRAVIESAS "La representación voluntaria", Op. Cit., p. 202.

interesa. En nuestro caso el paciente no tiene esa capacidad, por eso el representante está actuando, y al no tener esa capacidad, ni es consciente de lo que ha ocurrido, ni tiene una voluntad apta para ratificar o impugnar tal acto. Además de que, habría que ver si con relación al acto médico concreto, es posible todavía la marcha atrás.

Algo similar nos sucede con el abuso ya que el ordenamiento señala que, cuando se produce el abuso, el acto concluido en representación (con el tercero) es válido frente a terceros pero el representante responderá frente al representado en los términos que resulten de la naturaleza de la relación interna que media entre ellos. Esto es lo que se aplica con carácter general en el caso de la representación voluntaria y, una vez más, tiene sentido ahí, pero, al igual que sucede en el caso del incumplimiento, no tiene ningún sentido, ni utilidad para nuestro caso, ya que de su aplicación resulta que el acto médico realizado es válido pero el representante debe responder frente al representado -el paciente-, de esa actuación.

Las respuestas y soluciones que el ordenamiento nos propone para la representación voluntaria, no nos sirven para el representante médico y han de ser corregidas para la mejor protección del paciente, dado que de aplicar esas reglas tal cual éste resultaría perjudicado.

Hay que tener en cuenta además que cuando se establece esta regla para la representación voluntaria se está pensando en una relación en la que el negocio a llevar a cabo por el representante, en nombre del representado, con el tercero, es un negocio patrimonial que vincula ambos patrimonios (el del representado y el del tercero), de tal manera que el abuso por parte del representante no puede perjudicar al tercero sino que debe ser algo a tratar entre representante y representado. Pero es que en el caso de la representación del paciente, la relación que viene a nacer entre representado y tercero fruto de la intervención del representante, no tiene nada que ver con ese presupuesto tradicional, ya que de lo que se trata siempre es de una actuación médica que el tercero va a tener que llevar a cabo sobre el paciente, de modo que el único perjuicio que se ha de valorar es el del paciente porque toda la operación le tiene a él como único foco de interés.

¿Cuál habría de ser la respuesta adecuada en este caso? Esta es la pregunta que se ha de plantear seriamente el legislador de tal manera que prevea y establezca nuevos mecanismos para esta representación en concreto, teniendo en cuenta su ámbito de aplicación y sus peculiaridades. Mecanismos que permitan bien la nulidad de todo lo actuado por el representante que se ha conducido en contra y en perjuicio de los intereses de su representado, o bien, y en todo caso, la ineficacia de todo lo actuado en su relación con el tercero. En cualquier caso, de esa respuesta se ha de derivar la paralización inmediata de la actuación del tercero (el médico) si es que todavía ésta no se ha dado o, si esa actuación ya ha tenido lugar, la vuelta atrás en la medida en que ello

22

De Pablo: en MARTINEZ DE AGUIRRE, DE PABLO CONTRERAS. et al., *Curso de Derecho Civil...*, Op. Cit., p. 222; y DIEZ PICAZO. *Sistema de Derecho Civil...*, Op. Cit., p. 570.

sea posible, o una contra-actuación que neutralice los efectos de la primera. Es decir, que la respuesta que se da a ese abuso o incumplimiento no puede circunscribirse al ámbito de la relación interna representante-representado, sino alcanzar de pleno a la relación representante-tercero.

Por otro lado, del ordenamiento también se desprende con carácter general que si el tercero hubiera conocido o debido conocer el carácter abusivo o desviado del acto llevado a cabo por el representante (aquí incluimos también el incumplimiento), la respuesta es distinta y hay que entender que el acto que ha llevado a cabo el representante con el tercero es ineficaz. Tratándose de un acto médico entiendo que la alarma ha de saltar antes de que el acto se lleve a cabo pues con él se está incidiendo sobre la salud del paciente y ello es posible dado que si el nombramiento del representante se hace en las instrucciones previas y en ese documento se contienen también las "instrucciones" para este, los poderes que se le otorgan; a este documento tiene acceso el personal sanitario que se encarga del cuidado del paciente (de ahí la relevancia del papel de los registros de voluntades anticipadas, así como de incluir ese documento en la historia clínica del paciente una vez que es conocido). Al tener acceso a este documento es posible que el tercero se aperciba de ese abuso o incumplimiento, según su redacción.

B. Dolo

En los dos casos anteriores —incumplimiento y abuso—, la mala fe se da en la relación representante-representado (relación jurídica representativa), pero esta mala fe tiene también su reflejo y ataca a la relación representante-tercero (acto representativo).

El representante del paciente que se ha encontrado inmerso en un conflicto de intereses y ha optado por proteger los suyos por encima de los del paciente, a la hora de tomar la decisión médica concreta que requiere de la expresión por su parte de una voluntad en nombre su representado (el paciente) y con efectos en su salud, emite una voluntad que conlleva una actuación maliciosa por su parte con incumplimiento o abuso de su poder, pero además con su conducta lleva a engaño al tercero, al médico que ha de actuar esa decisión médica que él ha adoptado.

Así pues, en la relación con el tercero se puede calificar la conducta del representante de dolosa. Se habla de dolo cuando estamos en presencia de un engaño o mentira que pretende determinar la realización de un acto jurídico. Aquí claramente el representante está engañando al médico, dado que no le da traslado de la voluntad del paciente, cual es su misión, sino de la suya propia con la finalidad de obtener sus intereses. Por tanto con su engaño pretende conseguir que el médico lleve a cabo una conducta o acto médico en función de esos intereses suyos.

Podemos apreciar que concurren los siguientes elementos: el representante decide con intención deliberada, actuando de mala fe, engañar al médico; el médico bajo este engaño lleva a cabo el acto médico sobre el paciente, acto para el que ha dado ese

consentimiento el representante; de tal manera que existe una relación de causalidad entre la actividad maliciosa del representante y el acto médico llevado a cabo sobre el paciente. El representante ha producido con su conducta un vicio en la voluntad del médico que se ha plasmado en el acto médico concreto que éste ha llevado a cabo y que, de no haber mediado dicho engaño, no habría sido realizado.

Para empezar hay que señalar que, para la doctrina, dolo y mala fe casan mal. En este sentido y con carácter general, Díez Picazo señala, siguiendo a Hupka, que cuando la ley valora ciertos estados subjetivos lo hace, no para ver su influencia en la voluntad negocial sino para decidir en qué medida el interés del sujeto es digno de una u otra protección. Es decir que la mala fe en cuanto estado subjetivo afecta, no tanto a la validez sino a la eficacia de ciertos negocios y de hecho vemos que es así como reacciona el ordenamiento ante los casos que acabamos de exponer. De tal manera que mientras que los vicios de la voluntad permiten desligarse del negocio ya celebrado impugnándolo, la buena o mala fe permite reclamar un diferente régimen de consecuencias de un negocio válido. En nuestro caso vemos como la mala fe en la relación con el representando, es determinante de ese dolo que se provoca en el tercero. La concatenación de relaciones nos produce este resultado.

Tradicionalmente también si en la relación que existe entre representante y tercero ha mediado engaño determinante de esa voluntad, estamos ante un consentimiento doloso y habrán de ser aplicadas las reglas de los vicios del contrato, al carecer de normas específicas, de modo que ello es causa de anulabilidad (art. 1265, 1270 y 1301 CC) del acto concluido en representación y quien ha de solicitarla es quien ha sufrido ese dolo, en este caso el médico. También el representado ha de poder actuar en contra de ese acto que se está concluyendo en su representación y cuyos efectos recaen directamente sobre él, pero dado que él por sí solo no puede hacerlo, habrán de ser otros los legitimados a realizarlo.

Así pues, el gran problema que se presenta en el caso de comportamiento de mala fe por parte del representante que, contraviniendo los deseos e instrucciones de su representado, actúa en contra de sus intereses, es quién puede alertar de que se está produciendo este supuesto y actuar en contra de esa actuación impidiendo que despliegue sus efectos o contrarrestándolos. Ya sabemos que en ese momento el representado se encuentra ya en una situación en la que carece de capacidad y, probablemente, ni siquiera sea consciente de lo que está pasando y, aún en el caso de que fuera consciente, no podría actuar por sí mismo en contra de esa situación. Para actuar eficazmente contra la gestión del representante es preciso que el representando posea la capacidad

23

DÍEZ PICAZO Sistema de Derecho Civil..., Op. Cit., p. 567; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, DE PABLO CONTRERAS, et al., Curso de Derecho Civil..., Op. Cit., p. 224.

24

Tanto la ratificación como la impugnación del acto concluido en representación corresponde al representado ya que es él el destinatario de sus efectos jurídicos. DÍEZ PICAZO. Sistema de Derecho Civil..., Op. Cit., p. 567.

de obrar necesaria para impugnar. De modo que está claro que, en nuestro caso, el paciente no se encuentra en una posición que le permita ejercitar ninguna acción por sí solo, ni siquiera en muchos casos para alertar de lo que está sucediendo. Para ello necesita que alguien actúe por él.

Si está incapacitado y tiene un representante legal –tutor- nombrado por sentencia judicial, éste sí que puede actuar confirmando o impugnando este acto²⁵. Pero eso es en teoría porque si el paciente tiene un representante médico y un tutor, cada uno tiene un ámbito de actuación concreto que ha de ser respetado por ambas partes en el ejercicio de sus respectivas funciones y facultades. Aunque habría que valorar la posibilidad de incluir en el nombramiento del tutor una cláusula que atrajera para sí las funciones del representante del paciente en los casos en que este incurriera en abuso, incumplimiento, dolo, o incluso para el caso en que el representante deviniera incapaz o falleciera, para de este modo conseguir que no pudiera darse un período de vacío en la toma de decisiones médicas, dado que acudir al juez para ampliar las facultades del tutor puede suponer un tiempo que, en ocasiones, no se tiene.

Pero el paciente no siempre tiene un tutor que, además de ocuparse de todo lo que tenga que ver con el ámbito patrimonial de su pupilo, pueda estar alerta también en el personal y pueda salir al paso en estas situaciones. Es por ello que entiendo que, de alguna manera, se ha de dar entrada a terceros que puedan dar aviso de esta situación si tienen conocimiento de ella. En este sentido, podemos tomar como referencia y modelo de inspiración, lo dispuesto en el art. 224 CC para el caso de la autotutela. En la autotutela, el sujeto incapacitado ha previsto y nombrado de antemano quién desea que sea su tutor para cuando llegue el momento de la incapacitación y esta designación vincula al juez. Pero el art. 224 señala que el juez, en beneficio del incapacitado, puede no quedar vinculado por ese nombramiento. Para que esta excepción entre en juego es preciso que se haya producido un cambio en las circunstancias. Y hasta aquí llega el Código civil, añadiendo la doctrina que ese cambio de circunstancias lo pueden alegar –y esto es lo que nos interesa- los familiares más cercanos, los que están legitimados para promover la incapacitación, así como los llamados legalmente al cargo de tutor²⁶. Esta medida señalada por la doctrina ya está recogida en el art. 172, 2 del Código de Familia catalán²⁷, donde se legitima a las personas llamadas legalmente a ejercer la tutela

a poner en conocimiento del juez el cambio de esas circunstancias.

Así pues, en un caso de la trascendencia que tiene una incapacitación, en la que se permite al sujeto que se va a ver incurso en esta causa, anticipar su voluntad para designar a su tutor, el ordenamiento prevé que si se produce un cambio en las circunstancias que tuvo en cuenta esa persona y que ahora no puede advertir ni corregir por sí mismo, sean estas otras personas las que puedan alertar al juez de lo que sucede para que él actúe en consecuencia. Esta medida se podría aplicar a nuestro caso, donde también se ha producido de forma sobrevenida un cambio en las circunstancias que el paciente tuvo en cuenta, cambio del que se deriva un perjuicio para su persona. En este sentido se podría pensar en dar paso y legitimidad al tutor, si es que existe; al sustituto del representante médico, si es que el paciente lo nombró; y, en todo caso, a los allegados. Cualquiera de ellos podría intervenir si detectan un posible caso de colisión de intereses del que se puede derivar perjuicio para el paciente.

V. CONCLUSIONES

La del representante del paciente es una forma original de sustituir parcialmente o complementar la falta de capacidad a la que se prevé que va a llegar el paciente, en la que se juega con el tiempo. Por ello, en esta materia es importante tener en cuenta el transcurso del tiempo por relación a la capacidad-incapacidad del paciente y se hace necesario distinguir, fundamentalmente, el "antes" y el "en" del paciente. El "antes" hace referencia al tiempo en que el paciente era capaz y además declaró su voluntad para el futuro. El "en" hace referencia al momento en que el representante entra en juego, momento que resulta difícil de determinar y definir jurídicamente ya que ese momento viene determinado por el momento en que el paciente no puede actuar por sí mismo y ese momento está entre la incapacitación, la discapacidad y la incapacidad no declarada. En todo caso es el tiempo en que el representante desarrolla su función, actuando los intereses del paciente en el ámbito médico.

Es decir, detectada una situación en la que, pasado el tiempo, uno no va

²⁵ Díez Picazo entiende que un representante del dominus puede ratificar, sin duda, los actos de otro representante que actuó sin poder o con un poder insuficiente. DIEZ PICAZO. *Sistema de Derecho Civil...*, Op. Cit., p. 575.

²⁶ Para que la impugnación sea válida, estas personas deberán probar el cambio de circunstancias y que mantener lo establecido por él redundaría en su perjuicio. VAQUERALOY, A. "La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", en *La Ley*, T.1, 2004, p. 1863. De este modo la autoridad judicial admite una modificación en el nombramiento a instancia de parte legitimada por alteración de las circunstancias, en lo que constituiría "una especie de admisión de cláusula rehus sic stantibus" MARTÍNEZ GARCÍA, M. A. "Apoderamientos preventivos y autotutela", en, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000, pp. 131 y 132.

²⁷ Artículo 172. Delaciones hechas por uno mismo. "1. Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva. 2. Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnados por las personas llamadas por la Ley para ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión".

a poder actuar por sí mismo, se permite que el sujeto se anticipe a ese momento, pudiendo por su propia voluntad establecer y determinar algunas cuestiones, en este caso la persona concreta que le va a representar y el contenido de esa representación. Así pues, esta fase, que hemos denominado la fase estática de la institución, la fase relativa a la formación antes del momento temporal de su entrada en funcionamiento, que hace referencia a la generación y previsión de contenido de la institución, es la que encaja con el supuesto de la representación voluntaria, de ahí que no haya inconveniente en tomar prestadas sus reglas y técnicas para aplicarlas al representante del paciente.

Ahora bien, cuando entramos en la fase dinámica de la institución, una vez que ésta ya está en funcionamiento y, sobretodo, cuando se plantean los conflictos, esas reglas no nos sirven para dar respuesta a las concretas necesidades y conflictos que se plantean en este ámbito. Desde el momento en que el representante inicia su ejercicio en el cargo hasta la previsible situación final, podemos distinguir en esta fase de ejecución, los supuestos de ejercicio ordinario normal conforme a las previsiones explicitadas en el documento de instrucciones previas, de los supuestos de ejercicio anormal con todas las circunstancias que pueden suscitarse a lo largo de la realización o ejecución de esa voluntad. Es en este último caso donde se plantean los problemas y desajustes las reglas de la representación voluntaria.

Y es que en el caso del representante médico entran en juego, con especial significación, los binomios libertad-indefensión, y confianza-abuso. Libertad, la del paciente. Su libre voluntad se manifiesta cuando tiene plena capacidad decisoria y ha de ser respetada, siempre que se mantenga dentro de los límites legales; pero también protección del indefenso, que es el propio paciente cuando llega el momento en que no puede decidir por sí mismo y, además, protección precisamente frente a aquel a quien designó para labor tan delicada. Confianza, la depositada por el paciente en quien ha elegido y nombrado como su representante médico; y posibilidad de abuso por parte de éste en el ejercicio de sus funciones, especialmente peligroso cuando se encuentra en medio de un conflicto de intereses que le lleve a elegir su propio beneficio por encima del de su representado.

Cuando se plantea el conflicto, las reglas de la representación voluntaria no nos sirven y la razón estriba en que esas reglas están pensando en la representación de un sujeto con sus capacidades intactas, un sujeto que puede reaccionar por sí mismo ante una mala gestión de sus intereses o un incumplimiento de sus instrucciones. Pero el paciente que está siendo representado no se encuentra en esa situación, no puede hacer por sí mismo el acto para el que le están representando, por tanto tampoco, impugnarlo si no se ajusta o incumple su voluntad. De tal manera que en esos casos se ha de optar por soluciones nuevas, por acudir a otros mecanismos de defensa y protección de quien tiene sus capacidades mermadas, que se aproximan más a las reglas de la representación legal.

Es por ello que definiendo el empleo de técnicas reguladoras propias de estas dos

instituciones –representación voluntaria y legal- como una forma de garantizar al paciente que se va a respetar su voluntad cuando todavía puede ejercerla por sí mismo, pero que también se le va a proteger adecuadamente cuando ya no lo puede hacer él por sí mismo.